

  
**UniCEUB**  
ISSN 2236-1677

# REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Do ativismo judicial ao ativismo  
constitucional no Estado de  
direitos fundamentais**

**From judicial activism to  
constitutional activism under  
the State of fundamental rights**

Christine Oliveira Peter

VOLUME 5 • NÚMERO ESPECIAL • 2015

# Sumário

<b>EDITORIAL .....</b>	<b>V</b>
Carlos Ayres Britto, Lilian Rose Lemos Soares Nunes e Marcelo Dias Varella	
<b>GRUPO I - ATIVISMO JUDICIAL .....</b>	<b>1</b>
<b>APONTAMENTOS PARA UM DEBATE SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL.....</b>	<b>3</b>
Inocêncio Mártires Coelho	
<b>A RAZÃO SEM VOTO: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O GOVERNO DA MAIORIA.....</b>	<b>24</b>
Luís Roberto Barroso	
<b>O PROBLEMA DO ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DO CASO MS3326 .....</b>	<b>52</b>
Lenio Luiz Streck, Clarissa Tassinari e Adriano Obach Lepper	
<b>DO ATIVISMO JUDICIAL AO ATIVISMO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>63</b>
Christine Oliveira Peter	
<b>ATIVISMO JUDICIAL: O CONTEXTO DE SUA COMPREENSÃO PARA A CONSTRUÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS RACIONAIS .....</b>	<b>89</b>
Ciro di Benatti Galvão	
<b>HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E ATIVIDADE JUDICIAL PRAGMÁTICA: APROXIMAÇÕES.....</b>	<b>101</b>
Humberto Fernandes de Moura	
<b>O PAPEL DOS PRECEDENTES PARA O CONTROLE DO ATIVISMO JUDICIAL NO CONTEXTO PÓS-POSITIVISTA.....</b>	<b>116</b>
Lara Bonemer Azevedo da Rocha, Claudia Maria Barbosa	
<b>A EXPRESSÃO “ATIVISMO JUDICIAL”, COMO UM “CLICHÉ CONSTITUCIONAL”, DEVE SER ABANDONADA: UMA ANÁLISE CRÍTICA .....</b>	<b>135</b>
Thiago Aguiar Pádua	
<b>A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE AOS FENÔMENOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DO ATIVISMO JUDICIAL .....</b>	<b>170</b>
Mariana Oliveira de Sá e Vinícius Silva Bonfim	

**ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA: A ATUAÇÃO DO STF E O EXERCÍCIO DA CIDADANIA NO BRASIL..191**

Marilha Gabriela Reverendo Garau, Juliana Pessoa Mulatinho e Ana Beatriz Oliveira Reis

**GRUPO II - ATIVISMO JUDICIAL E POLÍTICAS PÚBLICAS.....207**

**POLÍTICAS PÚBLICAS E ATIVISMO JUDICIAL: O DILEMA ENTRE EFETIVIDADE E LIMITES DE ATUAÇÃO.....209**

Ana Luisa Tarter Nunes, Nilton Carlos Coutinho e Rafael José Nadim de Lazari

**CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: PERSPECTIVA DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E CONSTITUCIONAL .....224**

Selma Leite do Nascimento Sauerbronn de Souza

**A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO CONSTITUCIONAL EM FACE DO FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL .....239**

Sílvia Dagoberto Orsatto

**POLÍTICAS PÚBLICAS E PROCESSO ELEITORAL: REFLEXÃO A PARTIR DA DEMOCRACIA COMO PROJETO POLÍTICO .....253**

Antonio Henrique Graciano Suxberger

**A TUTELA DO DIREITO DE MORADIA E O ATIVISMO JUDICIAL.....265**

Paulo Afonso Cavichioli Carmona

**ATIVISMO JUDICIAL E DIREITO À SAÚDE: A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E OS IMPACTOS DA POSTURA ATIVISTA DO PODER JUDICIÁRIO..... 291**

Fernanda Tercetti Nunes Pereira

**A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E O DIREITO SUBJETIVO INDIVIDUAL À SAÚDE, À LUZ DA TEORIA DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA DE JOHN RAWLS ..... 310**

Urá Lobato Martins

**BIOPOLÍTICA E DIREITO NO BRASIL: A ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO DE ANENCÉFALOS COMO PROCEDIMENTO DE NORMALIZAÇÃO DA VIDA .....330**

Paulo Germano Barrozo de Albuquerque e Ranulpho Rêgo Muraro

**ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA DA RELAÇÃO DE CONSUMO: UMA ANÁLISE DO CONTROLE JURISDICIONAL DOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE PRIVADO NO ESTADO DE SÃO PAULO.....348**

Renan Posella Mandarino e Marisa Helena D'Arbo Alves de Freitas

<b>A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O CASO DA DEMARCAÇÃO DOS TERRITÓRIOS QUILOMBOLAS .....</b>	<b>362</b>
Larissa Ribeiro da Cruz Godoy	
<b>POLÍTICAS PÚBLICAS E ETNODESENVOLVIMENTO COM ENFOQUE NA LEGISLAÇÃO INDIGENISTA BRASILEIRA.....</b>	<b>375</b>
Fábio Campelo Conrado de Holanda	
<b>TENTATIVAS DE CONTENÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS .....</b>	<b>392</b>
Alice Rocha da Silva e Andrea de Quadros Dantas Echeverria	
<b>O DESENVOLVIMENTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....</b>	<b>410</b>
André Pires Gontijo	
<b>O ATIVISMO JUDICIAL DA CORTE EUROPEIA DE JUSTIÇA PARA ALÉM DA INTEGRAÇÃO EUROPEIA.....</b>	<b>425</b>
Giovana Maria Frisso	
<b>GRUPO III - ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA.....</b>	<b>438</b>
<b>LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DEMOCRACIA. REALIDADE INTERCAMBIANTE E NECESSIDADE DE APROFUNDAMENTO DA QUESTÃO. ESTUDO COMPARATIVO. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO BRASIL- ADPF 130- E A SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ....</b>	<b>440</b>
Luís Inácio Lucena Adams	
<b>A GERMANÍSTICA JURÍDICA E A METÁFORA DO DEDO EM RISTE NO CONTEXTO EXPLORATIVO DAS JUSTIFICATIVAS DA DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>452</b>
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy	
<b>ANARQUISMO JUDICIAL E SEGURANÇA JURÍDICA.....</b>	<b>480</b>
Ivo Teixeira Gico Jr.	
<b>A (DES)HARMONIA ENTRE OS PODERES E O DIÁLOGO (IN)TENSO ENTRE DEMOCRACIA E REPÚBLICA .....</b>	<b>501</b>
Aléssia de Barros Chevitarese	
<b>PROMESSAS DA MODERNIDADE E ATIVISMO JUDICIAL.....</b>	<b>519</b>
Leonardo Zehuri Tovar	
<b>POR DENTRO DAS SUPREMAS CORTES: BASTIDORES, TELEVISIONAMENTO E A MAGIA DA TRIBUNA.....</b>	<b>538</b>
Saul Tourinho Leal	

<b>DIREITO PROCESSUAL DE GRUPOS SOCIAIS NO BRASIL: UMA VERSÃO REVISTA E ATUALIZADA DAS PRIMEIRAS LINHAS .....</b>	<b>553</b>
Jefferson Carús Guedes	
<b>A OUTRA REALIDADE: O PANCONSTITUCIONALISMO NOS ISTEITES .....</b>	<b>588</b>
Thiago Aguiar de Pádua, Fábio Luiz Bragança Ferreira E Ana Carolina Borges de Oliveira	
<b>A RESOLUÇÃO N. 23.389/2013 DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL E A TENSÃO ENTRE OS PODERES CONSTITUÍDOS .....</b>	<b>606</b>
Bernardo Silva de Seixas e Roberta Kelly Silva Souza	
<b>O RESTABELECIMENTO DO EXAME CRIMINOLÓGICO POR MEIO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 26: UMA MANIFESTAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL .....</b>	<b>622</b>
Flávia Ávila Penido e Jordânia Cláudia de Oliveira Gonçalves	
<b>NORMAS EDITORIAIS.....</b>	<b>637</b>
Envio dos trabalhos.....	639



# Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais\*

## From judicial activism to constitutional activism under the State of fundamental rights

Christine Oliveira Peter\*\*

### RESUMO

O presente artigo tem como principal objetivo apresentar o tema do ativismo judicial sob o paradigma do chamado Estado de direitos fundamentais. Ao invés de dedicar-se à reflexão sobre conceitos, classificações e críticas relacionadas ao ativismo judicial, a proposta do presente trabalho é deslocar o olhar do ativismo protagonizado somente por juízes para um ativismo protagonizado também por outros interlocutores do poder. Trata-se de pesquisa dogmática, de cunho analítico, que propõe três abordagens para o fenômeno estudado: uma ideológica, outra teórica e ainda uma última metodológica, as quais supõem que as interações, cooperativas ou conflituais, entre as funções de poder do Estado, sejam avaliadas e controladas reciprocamente umas pelas outras. Propõe-se como principal parâmetro para esta avaliação e controle a dogmática dos direitos fundamentais, com sua indissociável vinculação à proporcionalidade, ou seja, ao devido processo legal substantivo como decorrência de uma visão substantiva de Constituição. A classificação tripartite do ativismo constitucional apresentada neste estudo tem como intuito sair do lugar-comum que o tema tem sido tratado, tentando converter as práticas ativistas em razão, postura e atitude constitucionais, conceitos inéditos que poderão ser doravante experimentados por parte daqueles que, sendo interlocutores do poder estatal, quase estatal ou não estatal, apresentam-se como protagonistas das práticas de realização dinâmica das normas constitucionais jusfundamentais.

**Palavras-chave:** Direito constitucional. Estado de direitos fundamentais. Ativismo judicial. Ativismo constitucional. Neoconstitucionalismo.

### ABSTRACT

This article aims to present the topic of judicial activism under the paradigm of so-called 'state of fundamental rights'. Rather than devote itself to reflect on concepts, ratings and reviews related to judicial activism, the purpose of this paper is to shift the gaze of activism played only by judges, but also focus on activism starring other actors of power, what will be called constitutional activism. It is a dogmatic research, with analytical nature,

\* Artigo convidado.

\*\* Mestre em Direito e Estado (2001) pela Universidade de Brasília (UnB). Doutoranda em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Diretora acadêmica e coordenadora do curso de Pós-Graduação Lato Sensu de Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Autora do livro "Hermenêutica de Direitos Fundamentais". E-mail: christine-peter@uol.com.br

which proposes three approaches to the phenomenon studied: one ideological, other theoretical and methodological still last, which assume that the interactions, cooperative or conflictual, between the functions of state power are evaluated and controlled for each function of power reciprocally. It is proposed, as the main parameter for this assessment and control, the fundamental rights' theory, with its inseparable link to proportionality, what means substantive due process as a result of a substantive vision of the Constitution. The triple classification of constitutional activism presented here has the intention to leave the commonplace that the issue has been handled, trying to convert activist practices in reason, posture and constitutional attitude, which are unpublished concepts that may hereafter be experienced by those who, being real interlocutors of state power, quasi-state or non-state, present themselves as protagonists of the practical realization of dynamic constitutional standards, especially of the fundamental rights.

**Keywords:** Constitutional law. State of fundamental rights. Judicial activism. Constitutional activism. Neo-constitutionalism.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como principal objetivo apresentar o tema do ativismo judicial pela perspectiva dos estudos desenvolvidos no âmbito do Núcleo de Estudos Constitucionais – NEC<sup>1</sup>, sob o paradigma do chamado Estado de direitos fundamentais. Ao invés de dedicarmos-nos à reflexão sobre conceitos, classificações, elogios ou críticas ao ativismo judicial, a proposta do presente trabalho é deslocar o olhar direcionado ao ativismo protagonizado somente por juízes para um ativismo protagonizado também por membros de outras funções de poder estatal (legisladores e administradores), quase estatais ou não estatais (entidades e organizações da sociedade civil nacional e internacional que atuam legitimamente no ambiente público).

As considerações apresentadas neste trabalho serão de ordem analítica, ou seja, pelo caminho dos conceitos e explicações teóricas acerca do ativismo constitucional, o que se viabiliza pela revisão bibliográfica e diálogos doutrinários qualificados com os juristas nacionais e estrangeiros envolvidos com a temática.

O marco teórico é aquele que já filtra o olhar dos membros do Núcleo de Estudos Constitucionais – NEC, há quase uma década, ou seja, o paradigma do 'Estado de direitos fundamentais' que aqui é apresentado como resultado de pesquisas anteriores<sup>2</sup>, mas também como premissa das reflexões aqui propostas sobre o ativismo. É verdade que a expressão 'Estado de direitos fundamentais' já está sendo usada por autores brasileiros e estrangeiros<sup>3</sup>, mas o seu significado ainda não se apresenta unívoco, de modo que também é objetivo do presente trabalho registrar mais uma vez minha visão sobre suas principais premissas.

Assim, considerando-se que a parte dogmática das constituições contemporâneas está firmemente alicerçada no catálogo de direitos fundamentais e que toda a teoria constitucional vem, paulatinamente, deslocando o seu paradigma da repartição de competências para o eixo da hermenêutica e concretização dos direitos

1 O Núcleo de Estudos Constitucionais é um grupo de estudos e pesquisa que congrega alunos e professores interessados nos debates sobre Direito, Constituição e práticas constitucionais. Fundado em 2001, tem seu funcionamento regular por meio de reuniões todos os sábados letivos, apresentando-se, há quase uma década e meia, como um espaço institucional vinculado ao Centro Universitário de Brasília – UniCEUB destinado à formação e reflexão crítica acerca da institucionalização dos procedimentos adequados e necessários para a formação do cidadão constitucional, cuja vocação é a investigação dos fundamentos da teoria e das práticas constitucionais inspiradas pela metódica da pedagogia constitucional de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição.

2 A mais evidente delas é a tese de doutorado: SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos transnacionais sobre direitos fundamentais*. Curitiba: CRV, 2014.

3 Dentre os autores que já publicaram trabalhos em que constavam a referida expressão, destacam-se: Paulo Otero e Willis Santiago Guerra Filho. OTERO, Paulo. A crise do Estado de direitos fundamentais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; TAVARES, Andre Ramos (Org.). *Lições de direito constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos*. São Paulo: Saraiva, 2005. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Estado democrático de direito como Estado de direitos fundamentais com múltiplas dimensões. Disponível em:

<<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/300807.pdf>>. Acesso em: 1 set. 2014.

fundamentais<sup>4</sup>, não considero exagerado cogitar que estamos vivenciando um momento de virada paradigmática<sup>5</sup>, em que o próprio direito objetivo volta suas atenções para a dogmática dos direitos fundamentais.<sup>6</sup>

Não se trata de uma ruptura, nem de uma negação radical das escolas de direito constitucional dos séculos XIX e XX, mas de uma recomposição dos pilares em que se fundam tais escolas, quais sejam, o princípio da legalidade (devido processo legal); a separação de poderes e a dogmática dos direitos fundamentais como direitos subjetivos, que serão apresentados, neste estudo, a partir de aportes teóricos e metodológicos diversos da clássica doutrina constitucionalista.

Três tópicos centrais movimentam a reflexão proposta: em primeiro momento, vai-se apresentar o conceito de Estado de direitos fundamentais, para que a confusão semântica não atrapalhe o diálogo do leitor com as demais ideias do texto. Depois, serão postos os pressupostos teóricos do paradigma escolhido, com as devidas diferenciações do paradigma contraposto, isso para que o leitor não se distancie daquilo que aprendeu, conhece e domina. Por fim, estará oferecida a proposta de deslocamento do tema da versão clássica de ativismo judicial para a versão novidadeira (que não é propriamente nova) de ativismo constitucional.

A pretensão é jogar luzes sobre a teoria do ativismo judicial sob o prisma dinâmico da teoria do Estado constitucional — na expressão aqui preferida: ‘Estado de direitos fundamentais’ — que é aquele intransigentemente comprometido com a dogmática dos direitos fundamentais. Espero que o leitor possa sentir, em sintonia com o pensamento que aqui apresento, que há sempre outras formas de olhar os mesmos e conhecidos fenômenos.

## 2. DO ESTADO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A construção do pano de fundo teórico e do ambiente dogmático-institucional em que se vai cuidar do tema do ativismo judicial revela-se imprescindível para o presente trabalho, considerando-se que a proposta é deslocar a discussão dos seus caminhos mais conhecidos — como, por exemplo, as opções de uma maior ou menor intervenção do Poder Judiciário nas questões políticas; ou a discussão sobre a legitimidade dos juízes para ditarem regras de conduta social para a comunidade em que se projetam as suas decisões; ou, ainda, se a democracia dos juízes tem mais qualidade do que a democracia dos legisladores, em termos materiais e formais.

Pretende-se avançar na reflexão acerca da necessidade, ou não, de serem revisitadas as próprias abordagens teóricas que comumente são feitas em torno do tema e quais as alternativas para isso. Isso porque, conforme anota Eduardo Mendonça em texto que tangencia a temática<sup>7</sup>, está-se numa encruzilhada entre o inevitável e o excessivo, pois o ativismo judicial é uma das consequências do próprio processo de constitucionalização das práticas jurídicas e políticas brasileiras dos últimos vinte anos.

4 Aqui me refiro ao fenômeno conhecido como neoconstitucionalismo. Este tema será tratado com maior acuidade no tópico 4.2 que cuida do ativismo constitucional teórico.

5 A expressão tem vinculação com a ideia de paradigma apresentada por Thomas Kuhn em “Estrutura das revoluções científicas”, em que este autor propõe a compreensão de uma teoria a partir do contexto em que ela se aplica e da sua época. A grande contribuição desse autor para a epistemologia foi a percepção dinâmica do próprio conceito de ciência e, certamente, essa é a espinha dorsal da filosofia da ciência que inspira o presente trabalho: a ideia de dinâmica científica. KUHN, Thomas. *Estrutura das revoluções científicas*. Trad: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 10. ed. São Paulo: Perspectiva, 2010. Canotilho também aponta para este caminho ao falar sobre “As deslocações compreensivas das teorias de direitos fundamentais”. Vide: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1395 e seguintes.

6 Aqui a expressão ‘Direito’ do clássico “Estado de Direito” foi substituída por ‘Direitos Fundamentais’ com o propósito de defender que o ordenamento jurídico como um todo está vinculado, informado e dirigido pela dogmática constitucional dos direitos fundamentais.

7 O texto de Eduardo Mendonça é muito interessante para refletir sobre o assunto: MENDONÇA, Eduardo. A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo. *Revista de Direito UERJ*. Disponível em: <<http://www.revistadireito.uerj.br/artigos/Aconstitucionalizacaoapoliticaentreinevitaveleoexcessivo.pdf>>. Acesso em: 8 set. 2014.



Canotilho apresenta-se como um dos interlocutores mais importantes das ideias do presente estudo, principalmente, quando afirma que os conceitos de Estado e de Constituição são inseparáveis, observando que não é a Constituição que funda o Estado<sup>8</sup>, mas o Estado é que, conformado por seus dados espaço-temporais, contendo os pressupostos éticos, sociais e culturais de uma comunidade, acaba por conceber a Constituição como uma decisão atualizadora dele próprio.<sup>9</sup>

A abordagem de Canotilho é interessante porque, ao mesmo tempo que aparentemente assume a premissa clássica (até vetusta) de que o Estado tem preeminência em relação à Constituição, logo em seguida demonstra seu caráter dinâmico, afirmando que a Constituição refunda o Estado, atualizando-o.

Canotilho propõe, na verdade, como forma adequada e atualizada de enfrentar o fenômeno, o estudo da teoria geral do Estado como uma teoria do Estado democrático<sup>10</sup>, e, num segundo momento, propõe a tese da democracia de antíteses, que se apresenta como um caminho em que a construção do sistema democrático acontece de forma dinâmica, ou seja, fundada em antíteses, negando-se ao repouso restaurativo da síntese.<sup>11</sup> A democracia de antíteses propõe uma metódica apta a sustentar um conceito dinâmico de Estado e de Constituição, o qual estará em busca de seus pressupostos fundamentais também em versões dinâmicas das respectivas teorias.

Não se pode deixar de registrar também a influência teórica de Perez Luño, para quem a transformação do ‘Estado de direito’ em ‘Estado constitucional’<sup>12</sup> resultou de um processo de atribuição de qualidade a este segundo por meio da atribuição de determinados rótulos por aqueles que detêm o controle social ou poderes jurídicos.<sup>13</sup>

Nessa perspectiva, Pérez Luño ressalta que a mudança da linguagem e da aplicação das normas constitucionais não são oriundas de atos arbitrários dos juízes e governantes, mas, sim, reflexos da adequação de suas atividades às mudanças sociais, políticas e econômicas<sup>14</sup>, e com isso procura explicar que a passagem do ‘Estado de direito’ para o ‘Estado constitucional’ pode ser comprovada por três fenômenos: a mudança da primazia da lei para a primazia da Constituição, da reserva de lei à reserva da Constituição e do controle judicial de legalidade ao controle judicial de constitucionalidade.<sup>15</sup>

Assim, sob a inspiração do conceito de Estado de Canotilho e da proposta de um deslocamento paradigmática do Estado de direito para o Estado constitucional de Perez Luño, tem-se que o Estado de direitos fundamentais apresenta-se como um modelo político aberto e dinâmico vinculado objetivamente aos direitos fundamentais.

8 Nesse particular anota, com base na doutrina de Josef Isensee: “O momento da estatalidade preexiste à Constituição [...]. Se a vida estatal incorpora o momento de estatalidade, anteposto e imposto ao plano da ordenação normativo-constitucional, o Estado não é fundado pela Constituição, [...]. O Estado recortar-se-á sempre como matéria ou dado preexistente, reduzindo-se a Constituição à forma transitória do Estado perene.” ISENSEE, Josef. Staat und Verfassung. In: *Isensee/Kirchhof Staatsrechts*. v. 1, p. 592 e ss. apud CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 168-170.

9 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 171.

10 Nesse sentido afirma: “[...] o sistema geral da democracia estruturar-se-ia com base no sistema constitucional, mas teria de ultrapassar o normativismo constitucional”. E ainda: “O universal democrático esconde-se nos princípios constitucionais politicamente conformadores, eles próprios raízes dos princípios básicos da democracia e, estes, raízes dos princípios fundamentais da forma de Estado.” CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 173.

11 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 174.

12 Aqui acho importante consignar, para não ser incoerente com o que tenho defendido academicamente, que não concordo com a afirmação de que há uma passagem ou evolução de um para o outro. São modelos diferentes e sustentáveis que convivem soberanamente no século XXI.

13 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 60.

14 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 60.

15 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 61.

Trata-se de uma forma de organização do poder em que a supremacia da Constituição e a relações entre as funções de poder do Estado ocorrem de forma intransigentemente vinculadas à dogmática dos direitos fundamentais, sendo esses direitos vistos para além de sua perspectiva subjetiva, ou seja, também como ordem objetiva, os quais se concretizam de forma irradiante (para todos os ramos da ciência jurídica), de forma dirigente (para todos os atos estatais) e de forma horizontal (para todos os atos da vida privada).

E, nesse particular, está a premissa teórica mais importante para o raciocínio que se vai desenvolver: o de que não há monopólio do executivo (Estado de direito executivo), nem do legislativo (Estado de direito legislativo), nem muito menos do judiciário (Estado de direito judiciário) quanto à concretização da Constituição, especialmente de suas normas jusfundamentais. E também de que a Constituição deve ser, procedimental e substancialmente, a norma referência de todas as ações e tarefas dos atores da vida pública ou da vida privada.

No Estado de direitos fundamentais, assume-se, de um lado, que a tarefa concretizadora busca um sentido substancial<sup>16</sup> das normas constitucionais e, de outro lado, que a mediação concretizadora desse sentido substancial é uma tarefa compartilhada entre todos os órgãos de poder (funções executiva, legislativa e judiciária) e também entre estes e a sociedade civil organizada.

Para associar o Estado de direitos fundamentais à democracia, é preciso partir dos critérios da dinamicidade, da provisoriedade, da alternatividade, da concorrência e da diversidade, e assumir, como pressuposto da dinâmica constitucional, uma teoria geral do Estado enredada em tensões dialéticas.<sup>17</sup> Não são pressupostos simples, porque necessitam de vetores axiológicos e metodológicos bem definidos, a fim de que as consequências deles decorrentes não se percam em labirintos insolucionáveis de problemas e questões pouco pragmáticas. Porém, a sua complexidade não pode anular as responsabilidades que devem ser assumidas pelas suas possibilidades.

No plano axiológico, levando-se em consideração o grande o último grande princípio da eticidade oriundo da cultura ocidental — o de que qualquer ser humano deve ser tratado com igual respeito e consideração — Canotilho propõe como ideia básica legitimadora do Estado constitucional a dignidade da pessoa humana<sup>18</sup>, o que, de alguma forma, explica a estreita vinculação entre tal princípio — matriz de toda a dogmática dos direitos fundamentais — e o Estado de direitos fundamentais, que, nesse contexto, assume um pressuposto humanista.<sup>19</sup>

Canotilho chega a sugerir, com apoio no trabalho de Miguel Batista Pereira<sup>20</sup>, a existência de duas métricas civilizatórias para o século XX: a primeira é a da libertação (paradigma das liberdades) e a segunda é a da dignidade humana (paradigma humanista). Nesse sentido afirma:

O que une, hoje, crentes e ateus é o reconhecimento fundante da liberdade digna e a dignidade livre do homem contra orto-praxis históricas de unificação e de instrumentalização humanas.<sup>21</sup>

Creio que toda a reflexão sobre o ativismo judicial também tenha que passar por aqui.

16 Segundo Canotilho um dos autores mais representativos dessa ideia de ‘significado substancial da constituição’ é Ronald Dworkin, cujos principais pontos de partida teóricos são: i) a soberania da constituição; ii) a objetividade interpretativa; iii) teoria da norma jurídica como regras e princípios. Vide: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1196-1197.

17 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 175.

18 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 178-179.

19 A referência obrigatória, aqui entre nós, acerca desse pressuposto humanista está em: BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. Sobre o pressuposto humanista também há algumas considerações no tópico 4.2 (Ativismo constitucional teórico).

20 PEREIRA, Miguel Batista. Sobre o discurso da fé em um mundo secularizado. In: *Modernidade e secularização*. p. 384. apud CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 179. Nota 17.

21 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 180.

### 3. ESTADO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A RESSIGNIFICAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO

Não se trata de uma transição, nem muito menos de uma evolução. As observações e pontuações teóricas que serão apresentadas neste estudo seguem sendo propostas alternativas para enfrentar-se, com consistência filosófica, metodológica e dogmática, os problemas da atualidade. Os dois paradigmas convivem e estão em pleno vigor, com suas virtudes e defeitos, sucessos e fracassos.

A opção por uma ou outra compreensão constitucional não invalida os pressupostos constitucionais comuns, mas, pelo contrário, demonstram a força de que esse modelo político e jurídico de mais de dois séculos ainda goza nos dias de hoje. O Estado de direitos fundamentais assume, na verdade, a função de paradigma atualizador do ideário do Estado de direito, o que justifica-se diante da premente a necessidade de se investigar a missão das instituições federativas e republicanas diante dos complexos problemas que lhe são colocados como instituições garantidoras dos direitos fundamentais.

Mas ainda não estão muito claras, nem satisfatoriamente difundidas, as premissas essenciais de um paradigma de Estado radicalmente comprometido com os direitos fundamentais. Para isso é preciso responder a duas perguntas essenciais: o que diferencia um modelo institucional do outro? Quais as consequências dessa diferenciação para o afazer de um jurista?

Haberle tem afirmado que o modelo Estado constitucional é um modelo sempre aberto, que resulta do desenvolvimento dos séculos, no que diz respeito a tempo e espaço.<sup>22</sup> Nessa esteira, é preciso reconhecer que o modelo Estado constitucional compartilha com o modelo Estado de direito todos os seus pressupostos, quais sejam, preocupação com a supremacia do direito como vetor axiológico e axiomático de sua própria existência; vinculação a um modelo de descentralização de poder e, por fim, compromisso com os direitos e garantias fundamentais.

Para Perez Luño, a expressão ‘Estado constitucional’ indica uma linha teórica que, apesar de não ser nova, tem ganhado novo significado nos últimos anos, sendo possível identificar as seguintes tarefas para ir ao encontro dessa nova realidade: a) investigar o contexto doutrinário em que se propõe a fórmula ‘Estado constitucional’; b) sistematizar as mudanças produzidas nos ordenamentos jurídicos dos sistemas democráticos que pretendem expressar-se através desse novo significado constitucional para o Estado; c) propor análise crítica da tese que concebe o Estado constitucional como paradigma alternativo ao Estado de direito assumir que a concepção de Estado constitucional tem forte relação com a teoria geral dos direitos humanos (fundamentais).<sup>23</sup>

A adaptação da doutrina de Perez Luño, acerca do Estado constitucional para uma visão mais específica de Estado de direitos fundamentais, ocorreu de forma gradual e natural, ou seja, consolidou-se a partir de encontros, discussões, debates e aulas sobre a temática.

Para responder aos questionamentos propostos, quais sejam, o que diferencia o Estado de direitos fundamentais do Estado de direito e o que muda no pensamento e no afazer jurídico a partir dessa diferenciação, propõe-se uma análise dos pressupostos do constitucionalismo contemporâneo a partir de três perspectivas: a) da substituição da ideia de supremacia da lei pela ideia de supremacia da Constituição; b) da transição da teoria da separação de funções do poder para a teoria da interdependência entre as funções de poder; c) da dogmática dos direitos fundamentais como direitos subjetivos para a dogmática dos direitos fundamentais como direito objetivo.<sup>24</sup>

22 É obrigatório aqui deixar claro que, para esse autor, o Estado constitucional é “a comunidade política que encontra seu fundamento antropológico-cultural na dignidade do homem, como dizia E. Kant, e que, encontra na democracia pluralista sua estrutura organizacional.” HABERLE, Peter. La Constitución como cultura. In: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. v. 6. p. 177-198.

23 PÉREZ LUÑO, Antônio-Henrique. *A universalidade dos direitos humanos e o Estado constitucional*. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2002. p. 57.

24 Registro, uma vez mais, que esta parte da reflexão não é inédita. Trata-se da parte mais relevante de toda a construção teórica da primeira parte da tese de doutorado que defendi na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília em maio de 2013. Sob esses

### 3.1. Da supremacia da lei para a supremacia da Constituição

É indiscutível que o maior dogma do Estado de direito repousa na ideia de supremacia da lei, segundo o qual todas as demais fontes normativas têm como limite de validade a adequação àquela, visto que a lei é considerada a vontade máxima do Estado soberano, que deteria o monopólio do sistema de fontes jurídicas.<sup>25</sup>

Porém, nas últimas décadas, a supremacia do Estado e, conseqüentemente, da lei, estão comprometidas, por conta proliferação cada vez mais evidentes das normas infra ou supraestatais.<sup>26</sup> No tocante às normas supraestatais, Pérez Luño assevera que vivenciamos um contexto paradigmático em que se reconhece normatividade às regras acordadas pelas pessoas de direito internacional público, tais como tratados e a atribuição de competências a organismos internacionais.<sup>27</sup> No plano da infranormatividade estão as normas acordadas em entidades e associações da sociedade civil organizada reconhecidas, ou não, pelo Estado.

No Estado de direitos fundamentais, o ordenamento jurídico requer do intérprete da Constituição uma atitude aberta, que substitua o monopólio das fontes jurídico-estatais pelo pluralismo metódico.<sup>28</sup> Isso para que existam e se consolidem estratégias e instrumentos para enfrentar os problemas das comunidades para onde se projetam as normas constitucionais jusfundamentais. Interpretar a norma constitucional é atribuir um significado a um ou vários símbolos linguísticos escritos na Constituição com o fim de se obter uma decisão de problemas práticos.<sup>29</sup>

Para Canotilho existem três dimensões importantes da interpretação da Constituição: uma em que interpretar é buscar o direito contido na lei constitucional escrita; outra em que interpretar o direito contido na lei constitucional implica uma atividade; e outra, ainda, em que o produto do ato de interpretar é o próprio significado atribuído na interpretação.<sup>30</sup>

Existe grande indagação doutrinária e discussão filosófica intensa acerca do tema quando se coloca a antítese entre interpretação judiciária e criatividade do juiz. O reconhecimento de que na interpretação judiciária do direito existe certo grau de criatividade tem gerado muitas opiniões na doutrina. O ponto central para este debate repousa na usurpação das competências políticas historicamente reconhecidas ao Poder Legislativo pelo Poder Judiciário.

Parece certo, e nisso revela-se adequada e pertinente as lições de Mauro Capelletti<sup>31</sup>, que mesmo o uso mais simples e preciso da linguagem legislativa, sempre deixam, de qualquer modo, lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz e sempre permitem ambiguidades e incertezas que, em última análise, devem ser resolvidas na via judiciária. Segundo Capelletti

[...] a interpretação significa penetrar os pensamentos, inspirações e linguagem de outras pessoas com vistas a compreendê-los e reproduzi-los, aplicá-los e realizá-los em novo e diverso contexto de tempo e lugar.<sup>32</sup>

---

três aspectos essenciais do Estado moderno, defendendo que estão os pontos de partida para a constatação de que há uma transição de modelos. Sobre isso já comecei a refletir em: O Supremo Tribunal Federal e a concretização dos direitos fundamentais. In: SILVA, Christine O. Peter da; CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales (Org.). *Controle de constitucionalidade e direitos fundamentais: estudos em homenagem a Gilmar Ferreira Mendes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

25 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 62.

26 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 62.

27 “em las actuales sociedades interdependientes e interconectadas se ha llegado a abolir el protagonismo hegemónico y monopolístico de los Estados nacionales, enlacreación del sistema de fuentes del derecho”. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 62-63.

28 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 67.

29 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1200.

30 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1200-1201.

31 Cappelletti, Mauro. *Juizes legisladores?* Trad.: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1993. p. 20.

32 Cappelletti, Mauro. *Juizes legisladores?* Trad.: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1993. p. 21.

É uma realidade que o intérprete da norma jurídica seja levado a resolver questões de imprecisão e incertezas das normas, pois que ele deve preencher as lacunas, precisar as nuances e esclarecer as ambiguidades.<sup>33</sup> E quando se está diante de normas constitucionais, esta tarefa ganha dimensão de construção de sentidos constitucionais, o que, no caso dos direitos fundamentais, é a própria definição do âmbito de proteção desses direitos.

Não se pode negar que o papel do juiz, especialmente do juiz constitucional, é muito mais difícil e complexo do que haviam sugerido as doutrinas tradicionais. À função jurisdicional deve estar envolvida a responsabilidade pessoal, moral e política, tanto quanto jurídica, do intérprete, de modo que, de simples separação de funções de poder dentro de um mesmo espaço para a realização de competências que se superpõem, se sobrepõem e se autoajustam, revela-se imperiosa a necessidade de recontextualização do princípio de separação das funções de poder.

### 3.2. Da separação de funções do poder para a interdependência entre as funções de poder

O Estado de direito possui como premissa o princípio da reserva de lei, conforme teoria defendida por Montesquieu, de acordo com o qual cabia tão só ao Parlamento o estabelecimento de normas abstratas e genéricas que seriam aplicadas aos casos concretos do cidadão.<sup>34</sup>

Porém, por diversas razões históricas<sup>35</sup>, revela-se oportuna a transposição do modelo de Estado que prima pela reserva da lei para aquele que se propõe a resguardar a reserva da Constituição, o que significa que a reserva da Constituição também vinculará o legislador, e, de alguma forma, convocará imediatamente também o Poder Executivo (além do Legislativo) para o exercício compartilhado de concretização dos direitos fundamentais.<sup>36</sup>

Nesse particular, a doutrina sobre separação de funções do poder sempre vem à tona, como uma daquelas velhas práticas que merece sempre respeito e consideração diante das novas necessidades. Nascem, nesse contexto, as inevitáveis parcerias entre as funções de poder Legislativo, Judiciário e Executivo. O conceito de inevitáveis, nesse sentido, não significa, entretanto, livres de tensões e conflitos, pois o Estado de direitos fundamentais, fundado na ideia de democracia de antíteses, pressupõe sempre as interações, sejam elas cooperativas ou conflitivas.

M. J. C. Vile, em obra já antiga sobre o tema da separação de poderes, afirma que nós, seres humanos, somos complexos demais para considerar uma premissa dogmática como guia por tanto tempo, de modo que devemos reivindicar outros valores, ainda que contraditórios com os antigos. E todo sistema de governo que pretenda atender a essas demandas deve buscar conciliar os antigos procedimentos e estruturas com as novas possibilidades.<sup>37</sup>

A ideia básica de M. J. C. Vile é a de que toda trajetória histórica da doutrina de separação dos poderes e das teorias constitucionais relacionadas a ela indica que as funções do Estado e os procedimentos empregados para exercer essas funções não podem estar nem totalmente separados nem completamente fundidos, pois, dessa forma, seria possível chegar a um uso eficaz, mas controlado do poder do Estado.<sup>38</sup>

33 Cappelletti, Mauro. *Juizes legisladores?* Trad.: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1993. p. 22-23.

34 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 69.

35 Algumas delas estão expostas na tese de doutorado, publicada pela Editora CRV: SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Transjus-fundamentalidade: diálogos transnacionais sobre direitos fundamentais*. Curitiba: CRV, 2014.

36 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 71.

37 Nesse sentido afirma: “incluso el antiguo concepto de la separación de personas entre las ramas del Estado puede seguir teniendo importancia si no se considera como un fin en si mismo, sino como un medio de mantener este equilibrio.” VILE, M. J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 388.

38 VILE, M. J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 367.



Sem perder de vista a lição dos clássicos, como John Locke (século XVII) e Montesquieu (século XVIII), é preciso dizer que o século XX redimensionou a separação de poderes não apenas como a necessidade de as funções básicas do Estado estarem separadas entre diferentes órgãos, mas como a colaboração forçada entre estas funções, a fim de que pudesse haver “contenção de cada poder nas fronteiras de sua competência constitucional”.<sup>39</sup>

Nesse sentido, todas as funções de poder dispõem de meios eficientes para impedir a usurpação de funções uns pelos outros, fazendo refluir o órgão exorbitante para os espaços de poder que lhe são constitucionalmente destinados.<sup>40</sup> A referência aqui reporta-se ao modelo proposto pelos americanos conhecido como “freios e contrapesos” como aquele em que os poderes estão de tal forma compartilhados, repartidos e equilibrados entre os diferentes órgãos da República que nenhum deles pode ultrapassar seus limites constitucionais sem que o outro imediatamente possa detê-lo ou contê-lo.<sup>41</sup>

A proposta de uma interdependência, como se vê, não é nova. O que pode ser considerada novidadeira é a metódica de interação entre estas funções, que tem na Constituição, especialmente nas normas constitucionais jusfundamentais, o elemento mediador. Explico melhor: no Estado constitucional, diante da tarefa compartilhada de concretizar direitos fundamentais como meta principal do Estado, as funções de poder atuam, na medida de suas competências constitucionalmente postas, buscando aproximação com o ideal de máxima efetividade jusfundamentadora.

Qualquer atitude de uma função de poder ou de outra será avaliada com a métrica dos direitos fundamentais, e não mais com a métrica das estritas limitações de competências. As próprias ideias de ativismo judicial e judicialização da política perdem algo de sua razão de ser, nesse contexto, pois as acomodações entre as funções de poder passam a ser muito mais visíveis e o diálogo muito mais intenso, sobrevivendo momentos de tensões e acomodação pelo exercício recíproco das respectivas competências.

Assim, não mais é possível imaginar que a dinâmica entre as funções de poder seja pautada na segurança e previsibilidade, com regras do jogo democrático bem definidas ou predefinidas, pois, na realidade constitucional subjacente, as práticas dos poderes interdependentes se constroem coletivamente, ora enredadas em tensões, ora em estratégias de cooperação, sempre com o olhar atento da sociedade civil organizada e demais entidades estatais ou quase estatais a cobrar e denunciar o exercício das competências constitucionais na imanente da força da história e dos acontecimentos.

Como afirma Haberle, em entrevista à jornalista brasileiro:

É claro que, quando uma corte constitucional invade, com ousadia exagerada, a esfera político-(partidária), pode colocar em risco a sua própria autoridade. Aqui é fundamental que haja sensibilidade por parte do julgador: a Corte deve trabalhar no ‘consenso básico’ de uma Constituição, mas também depende dele. Visto sob a ótica do direito comparado, há fases do ‘judicial activism’ e do ‘judicial selfrestraint’.<sup>42</sup>

39 BRITTO, Carlos Ayres. Separação dos poderes na Constituição brasileira. *Revista de Direito Público*, v. 14, n. 59-60, p. 115-127, jul./dez. 1981. p. 121.

40 BRITTO, Carlos Ayres. Separação dos poderes na Constituição brasileira. *Revista de Direito Público* v. 14, n. 59-60, p. 115-127, jul./dez. 1981. p. 121-122.

41 Por todos vide: BRITTO, Carlos Ayres. Separação dos poderes na Constituição brasileira. *Revista de Direito Público*, v. 14, n. 59-60, p. 115-127, jul./dez. 1981. p. 121. Nota 2.

42 E continua o professor Haberle: “Após o *annus mirabilis* de 1989, os tribunais constitucionais, por exemplo, da Hungria e Polônia, se empenharam muito no sentido de colocar em marcha as novas constituições reformistas. Agora, podem antes retrair-se para deixar mais espaço para os parlamentos. Algo semelhante poderia aplicar-se, hoje, também no Brasil, até sua Constituição ganhar plena realidade constitucional. Exemplos de um ciclo alternado entre *activism restraint* existem, também, na história dos EUA. O Tribunal Constitucional não deve ser um “preceptor *brasiliensis*”, porém atuar como órgão constitucional de peso. Não esqueçamos que a Suprema Corte em Brasília com certeza está democraticamente legitimada. No geral: *todos* os cidadãos, todos os partidos e todos os órgãos constitucionais são, em conjunto, “guardiões da Constituição”.” Entrevista para o Jornal Valor Econômico, por Juliano Basile, vide: HABERLE, Peter. Entrevista a Juliano Basile. *Valor Econômico*. Suplemento Eu & Fim de Semana, 22 nov. 2008. apud *Revista Eletrônica Conjur*. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-nov-22/teses\\_alemao\\_peter\\_haberle\\_influenciam\\_supremo](http://www.conjur.com.br/2008-nov-22/teses_alemao_peter_haberle_influenciam_supremo)>. Acesso em: 15 nov. 2011.

Vale, entretanto, ressaltar que não se está a considerar, para esses efeitos, a corrente doutrinária que afirma prevalecer as forças sociais sobre as forças jurídico-normativas. Mas, sim, a teoria da dinâmica circular entre tais forças, ou seja, a ideia básica defendida por Konrad Hesse para quem Constituição e realidade são inter-relações múltiplas que, quando combinadas, resultam no fenômeno da força normativa da Constituição.<sup>43</sup>

A separação de poderes ganha, assim, nova perspectiva metódica, pois será informada pela tarefa exigente e indissociável de movimentação das competências constitucionais, de forma colaborativa ou conflitual, em direção à concretização dos direitos fundamentais. Esta é uma das consequências da dogmática objetiva de tais direitos, sobre a qual se vai tratar a seguir.

### 3.3. Da dogmática jurídico-subjetiva para a dogmática jurídico-objetiva dos direitos fundamentais

Talvez a principal diferença entre o Estado de direito, em sua versão clássica, e o Estado de direitos fundamentais repouse na dogmática dos direitos fundamentais a partir de duas concepções teóricas distintas: na primeira a consideração dos direitos fundamentais como direitos subjetivos e na segunda a consideração dos direitos fundamentais como direito objetivo.

A função múltipla dos direitos fundamentais, já anunciada por G. Jellinek<sup>44</sup> desde o final do século XIX, revelou-se ainda mais intrincada quando os problemas de direitos fundamentais passaram de meras situações de resolução de conflitos e restrições de direitos individuais e coletivos para direitos individuais homogêneos e difusos.

Esse processo de valorização dos direitos fundamentais também, na sua perspectiva objetiva, enquadra-se naquilo que foi denominado de uma autêntica mutação dos direitos fundamentais<sup>45</sup> provocada pela

[...] conscientização da insuficiência de uma concepção dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa para a garantia de uma liberdade efetiva para todos, e não apenas daqueles que garantiram para si sua independência social e o domínio de seu espaço de vida pessoal.<sup>46</sup>

A descoberta de novas funções dos direitos fundamentais constitui problema de natureza essencialmente hermenêutica, pois está vinculado à possibilidade de, por meio da interpretação, serem incorporados novos conteúdos ao programa normativo desses direitos. Nesse sentido, está-se, a partir de tal problemática, reacendendo o eterno dilema representado pela relação dinâmica e dialética entre a norma jurídica e a realidade para a qual se projeta.<sup>47</sup>

Não mais se apresenta satisfatório resolver os casos, sempre difíceis, de restrições e colisões de direitos fundamentais com os métodos clássicos de resolução dos conflitos normativos típicos. Era necessário pensar em alguma metódica mais sofisticada, em termos de construção lógica e argumentativa, para fazer face a uma sociedade cada vez mais informada, conectada e plural.

A dogmática dos direitos fundamentais pela ótica do direito objetivo<sup>48</sup> informa que tais direitos são tam-

43 HESSE, Konrad. *Força normativa da Constituição*. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998.

44 JELLINEK, G. apud ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 254 e ss. Também SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 157-158.

45 A expressão é título da obra de H. H. Rupp. RUPP, H. H. apud SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 151. Nota 460.

46 SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 151.

47 SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 151.

48 Ingo Sarlet, nesse contexto, afirma que “os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, ju-

bém consequências do processo de complexificação da sociedade contemporânea. Já com o fim da segunda guerra mundial, percebeu-se que a reflexão da teoria constitucional deveria assumir a premissa de que os direitos fundamentais deixavam sua condição comum de direitos subjetivos para também ganhar reflexos objetivos, no plano dos institutos e instituições, como verdadeiras garantias objetivas do sistema jurídico-constitucional.<sup>49</sup>

A perspectiva objetiva dos direitos fundamentais constitui função axiologicamente vinculada, demonstrando que o exercício dos direitos subjetivos individuais está condicionado, de certa forma, ao seu reconhecimento pela comunidade na qual se encontra inserido e da qual não pode ser dissociado, podendo falar-se, nesse contexto, de uma responsabilidade comunitária dos indivíduos.<sup>50</sup>

Ora, aquilo que os direitos fundamentais concedem aos indivíduos em termos de autonomia decisória e de ação, eles retiram objetivamente do Estado. Trata-se, portanto, de uma função objetiva reflexa de todo direito fundamental subjetivo, a qual, todavia, não exclui os efeitos jurídicos adicionais e autônomos inerentes à faceta objetiva, incluída aí a existência de posições jurídicas fundamentais com normatividade restrita à perspectiva objetiva.<sup>51</sup>

A discussão sobre a faceta objetiva dos direitos fundamentais conduz à própria função que os direitos fundamentais assumem diante do modelo contemporâneo de Estado constitucional. A crítica de Robert Alexy a essa posição dos direitos fundamentais é direcionada à percepção de Böckenförde sobre os direitos fundamentais.<sup>52</sup> Para Böckenförde há duas possibilidades: apreender os direitos fundamentais como princípios e, com isso, optar por um Estado judiciário, ou decidir-se pela limitação dos direitos fundamentais à sua clássica função de direitos de defesa e, com isso, optar por um Estado de direito legislativo.<sup>53</sup>

Robert Alexy ressalta que essa concepção leva a consequências inaceitáveis, afirmando que a função dos direitos fundamentais estaria desnaturada, uma vez que deixariam sua condição limitada de direito subjetivo para tomar lugar de fundamento mesmo de toda a ordem jurídica.<sup>54</sup>

Ora, as anotações de Robert Alexy são exatas, e correspondem, de forma precisa, ao giro ontológico que os direitos fundamentais sofreram a partir da 2ª guerra mundial. O que não se pode concordar é com a afirmação de que os efeitos das perspectivas irradiantes, horizontal e dirigente são nefastos e inaceitáveis pelo fato de romperem com a visão oitocentista desses direitos como direitos subjetivos públicos.

O que Robert Alexy pontua como um sarcasmo<sup>55</sup>, anotado por Ernst Forsthoff, da ‘constituição como

---

diciários e executivos.” SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 143.

49 Aponta-se como marco histórico alemão desse movimento o Caso Luth. VALE, Andre Rufino. *50 anos do caso Luth*. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cienciajuridica/article/viewFile/724/505>>. Acesso em: 6 set. 2014. Também mencionado em: SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 143.

50 SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 144-145.

51 SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 145.

52 Para Böckenförde “no nível das normas-princípios com tendência otimizadora, a ordem jurídica já está inteiramente contida na constituição. Ela apenas carece de uma concretização.” BÖCKENFÖRDE apud ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 577.

53 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 577-578.

54 Vale o registro literal do autor: “Enquanto os direitos fundamentais clássicos estavam limitados a uma parte do sistema jurídico – a relação entre Estado e cidadão –, os direitos fundamentais enquanto princípios produziram seus efeitos por todo o sistema jurídico. Haveria um efeito irradiador em todos os ramos do direito, o que necessariamente conduziria a uma produção de efeitos dos direitos fundamentais em face de terceiros (ou efeitos horizontais), bem como a conteúdos de direitos fundamentais como proteção, segurança social e organização e procedimento, os quais demandariam uma ação positiva do Estado e não se limitariam – como os direitos clássicos de liberdade – a uma exigência de abstenção estatal.” ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 577.

55 A crítica de Robert Alexy nesse particular é mordaz: “Isso corresponderia exatamente àquilo que Forsthoff sarcasticamente

genoma jurídico', seria exatamente o ponto de partida para ideia, que merece atenção nesse estudo, de que os direitos fundamentais constituem a parte dogmática das constituições contemporâneas e que, por isso, em um modelo de Estado constitucional que se sustenta na supremacia da Constituição, os direitos fundamentais assumem posição preeminente.

Dessa forma, também é consequência da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais a ideia de que a teoria constitucional deve, necessariamente, apresentar-se como uma integração do texto e do programa normativo constitucional com o seu âmbito normativo, ou seja, da Constituição como norma com a realidade constitucional normatizada.<sup>56</sup>

Assim, para que o caráter jusfundamental dos direitos fundamentais, considerado a partir dessa visão objetiva, não seja subestimado nem reduzido a uma dimensão meramente valorativa<sup>57</sup> é preciso destacar a sua força jurídica autônoma.<sup>58</sup>

Um primeiro desdobramento dessa força jurídica autônoma dos direitos fundamentais diz respeito à sua eficácia irradiante, ou seja, os direitos fundamentais, na sua condição de direitos objetivos, fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, o que aponta para a necessidade de desenvolvimento de uma interpretação conforme os direitos fundamentais, a qual, em grande medida, revela-se semelhante à técnica da interpretação conforme a Constituição.<sup>59</sup>

Associada a essa eficácia irradiante encontra-se a problemática da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, a eficácia de tais direitos na esfera privada. Trata-se da ideia de que os direitos fundamentais irradiam efeitos também para as relações privadas, não constituindo direitos oponíveis somente aos poderes públicos.<sup>60</sup> Essa, sem dúvida, é a faceta que tem despertado o maior número de discussões, pesquisas e curiosidades de toda a problemática dos direitos fundamentais.

Por fim, um terceiro, e último, desdobramento importante da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais é destacado por Hesse e diz respeito à eficácia dirigente, segundo a qual tais direitos desencadeiam efeitos também em relação aos órgãos estatais, incumbindo-lhes da permanente função de concretização e realização de seu conteúdo essencial.<sup>61</sup>

---

chamou de "constituição como genoma jurídico"[...] do que tudo deriva, do Código Penal até a lei sobre a fabricação de termômetros para febre. A compreensão dos direitos fundamentais como mandamentos de otimização conduziria, assim, a um modelo de constituição com conseqüências fatais. O legislador parlamentar perderia toda a sua autonomia. Sua atividade esgotar-se-ia na mera constatação daquilo que já foi decidido pela constituição." ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 577-578.

56 Nesse sentido Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Também é essa a concepção dinâmica de Constituição proposta por Konrad Hesse em 'A força normativa da Constituição'. Para este autor: "[...] a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A Constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida." HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

57 SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 144-145.

58 Lembremos o que pensa Ingo Sarlet nesse sentido: "Esse processo de valorização dos direitos fundamentais na condição de normas de direito objetivo enquadra-se, de outra banda, naquilo que foi denominado de uma autêntica mutação dos direitos fundamentais, provocada não só — mas principalmente — pela transição do modelo de Estado liberal de Direito para o do Estado social e democrático de Direito, como também pela conscientização da insuficiência de uma concepção dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa para a garantia de uma liberdade efetiva para todos, e não apenas daqueles que garantiram para si sua independência social e o domínio de seu espaço de vida pessoal." SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 151.

59 SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 147-148.

60 SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 148.

61 SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 146-147.

Ganham destaque, nesse sentido, os chamados deveres de proteção do Estado. Tem-se que ao Estado incumbe zelar pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões providas de particulares e até mesmo de outros Estados. Trata-se, portanto, da incumbência de o Estado adotar medidas positivas com o objetivo de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais.<sup>62</sup>

Assim, o efeito dirigente impõe obrigações de todos os níveis, no plano de todas as funções de poder — administrativa, legislativa e judiciária — e exige ações direcionadas à concretização dos direitos fundamentais de todos os agentes, órgãos e funções estatais. Trata-se de consequência particularmente importante para a reflexão que se propõe no presente trabalho porque horizontaliza e descentraliza a tarefa de concretização dos direitos fundamentais da figura de apenas um dos poderes. Todos têm o mesmo dever e o mesmo direito de impor os direitos fundamentais às suas práticas de poder, o que desqualifica a própria defesa ou crítica da ideia de ativismo judicial.

Por fim, é preciso consignar que os efeitos irradiantes, dirigente e horizontal dos direitos fundamentais apresentam-se de diversas formas e tem impulsionado um sem-número de considerações por parte de juristas e estudiosos em geral. A par de já substancial bibliografia sobre as aplicações setorializadas desses efeitos sobre a vida dos direitos, ainda faltam vozes<sup>63</sup> a afirmar que todo esse complexo de discussões, pesquisas e curiosidades estão envolvidos em uma mesma atmosfera paradigmática, qual seja, a de um Estado constitucional (ou como preferimos: Estado de direitos fundamentais) o qual se apresenta como uma alternativa ao modelo clássico de Estado de direito.

Nesse particular, é imprescindível registrar que o fato de ser uma alternativa não pressupõe contraposição absoluta de premissas. Pelo contrário: assumindo as mesmas e principais premissas<sup>64</sup> do constitucionalismo clássico dos séculos XVIII e XIX, a proposta do Estado de direitos fundamentais consiste em focar nas constituições e nos direitos fundamentais toda a ideologia, metodologia e teoria jurídicas.<sup>65</sup>

Isso implica que, ao invés de o jurista lidar cotidianamente com as leis e os códigos, sua referência normativa passa a ser, primordialmente, as constituições<sup>66</sup>, o que pressupõe também um prévio juízo de constitucionalidade de todas as normas jurídicas em concretização. Implica ainda que os direitos fundamentais agreguem à sua versão de direitos subjetivos, uma perspectiva de direito objetivo, irradiando-se para todo o ordenamento jurídico, dirigindo-se todas as funções estatais e condicionando todas as relações privadas.<sup>67</sup> Por fim, implica que cada uma das funções do poder exerçam suas competências mediadas intransigentemente pelas normas constitucionais, ou seja, que exista uma interdependência constitucional permanente no

62 SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 149-150.

63 Não posso aqui deixar de referenciar as obras de PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. e também a clássica obra de SALDANHA, Nelson. *Formação da teoria constitucional*, Rio de Janeiro, Forense, 2000.

64 São elas: 1) a submissão do exercício do poder ao Direito e às limitações por este estabelecido para aquele; 2) o reconhecimento e a garantia de direitos fundamentais aos cidadãos, principalmente perante o Estado; 3) e a existência de um pacto, escrito ou não, que formalize a organização em termos funcionais e também a sua distribuição no território.

65 Neste ponto há uma intersecção inegável entre as premissas do Estado de direitos fundamentais e as do movimento que se consolidou com o nome de neoconstitucionalismo. A tríptica perspectiva do neoconstitucionalismo pode ser encontrada em: COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. Trad.: Miguel Carbonell. *Revista Isonomia*, n. 16, p. 89-112, abr/2002. Disponível em: <[http://www.upf.edu/filosofiadeldret/\\_pdf/comanducci-formas.pdf](http://www.upf.edu/filosofiadeldret/_pdf/comanducci-formas.pdf)>. Acesso em: 6 set. 2014.

66 Há autores que referenciam: “das leis às constituições”; “da reserva legal à reserva constitucional”; “ontem os códigos, hoje as constituições”. Por todos vide: PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 61. E também Paulo Bonavides, ao receber a medalha Teixeira de Freitas, no Instituto dos Advogados Brasileiros, em 1998, apud BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 5 set. 2014.

67 Para maiores esclarecimentos sobre este assunto vide: SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos transnacionais sobre direitos fundamentais*. Curitiba: CRV, 2014. p. 41-43.



exercício das funções de administrar, legislar e julgar.

Não há novidade alguma nessa proposta! Como já venho dizendo há algum tempo:

O que é nova é a metódica de interação entre estas funções, que tem na Constituição, especialmente nas normas constitucionais jusfundamentais, o elemento mediador.”<sup>68</sup>

Assim, a ideia de separação de poderes ganha nova dinâmica a partir da premissa de que as funções do Executivo, do Legislativo e do Judiciário atuam em permanente relação de interação, que pode se apresentar sob a forma de cooperação e, por vezes, também sob a forma de tensão e conflito, estando ambas contempladas igualmente no jogo democrático-constitucional.

O deslocamento teórico e metodológico torna-se cada vez mais claro: as interações, cooperativas ou conflituais, entre as funções de poder devem ser avaliadas reciprocamente de uns pelos outros, e o parâmetro para esta avaliação será a teoria geral dos direitos fundamentais, com sua indissociável vinculação à proporcionalidade como decorrência do devido processo legal substantivo. Nesse sentido, já refleti em outra oportunidade:

As acomodações entre as funções de poder passam a ser muito mais visíveis e o diálogo muito mais intenso. Assim, não mais se cogita de poderes estanques, com competências bem definidas ou predefinidas, mas poderes interdependentes que constroem coletivamente e cooperativamente suas competências constitucionais na tensão permanente e imanente da força da história e dos acontecimentos. Saem as teorias normativas sobre controle recíproco e entram as teorias descritivas sobre dinâmicas constitucionais limitadoras.<sup>69</sup>

É nesse caminho que seguirá a presente reflexão.

#### 4. DO ATIVISMO JUDICIAL AO ATIVISMO CONSTITUCIONAL

Não me parece necessário discorrer neste estudo sobre o conceito de ativismo e de sua versão mais criticada: o ativismo judicial. Já há bons e densos trabalhos que cuidaram deste mister<sup>70</sup>, de modo que seria repetitivo e desnecessário reproduzir o que tanto já há dito. O que se pretende aqui é jogar luzes para o fenômeno do ativismo em um outro contexto: a prática ativista em sua dimensão de ações para a concretização das normas constitucionais, com considerações pontuais sobre a missão institucional do Supremo Tribunal Federal, no Estado brasileiro de direitos fundamentais.

Sempre que a reflexão sobre ativismo judicial vem ao debate, os auditórios se dividem entre os defensores e opositores dessa prática. As práticas decorrentes do ativismo judicial<sup>71</sup> costumam inflamar os discursos e não faltam vozes a defender que o legislativo já perdeu seu lugar histórico nas democracias contemporâ-

68 SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos transnacionais sobre direitos fundamentais*. Curitiba: CRV, 2014. p. 36.

69 SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos transnacionais sobre direitos fundamentais*. Curitiba: CRV, 2014. p. 37.

70 Aqui sugiro a leitura das seguintes: COELHO, Inocêncio Martires. *Ativismo judicial ou criação judicial do Direito?* Disponível em:

<<http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-ou-criacao-judicial-do-direito>>. Acesso em: 6 set. 2014; RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em:

<[http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685\\_Cached.pdf](http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf)>. Acesso em: 25 ago. 2014. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense/Gen, 2014. MENDONÇA, Eduardo. A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo. *Revista de Direito Uerj*. Disponível em: <<http://www.revistadireito.uerj.br/artigos/Aconstitucionalizacaoapoliticaentreoinevitaveleoexcessivo.pdf>>. Acesso em: 8 set. 2014.

71 Dentre elas destaco: as decisões de caráter aditivo, a interpretação conforme a Constituição, as decisões de procedência no caso de omissões inconstitucionais, a edição de súmulas vinculantes, as decisões vinculativas em casos com repercussão geral reconhecida, dentre outras.

neas (pelo esgotamento ético de suas práticas políticas nefastas), como também outros bradam não ser o poder judiciário democraticamente legitimado para a tarefa de ditar regras de convívio social (pela falta do processo de eleições de seus membros).

E a esses dois argumentos mais comuns se somam tantos outros, os quais tentam encontrar soluções estáticas, de preferência únicas e apodíticas, para o problema da regulação, necessariamente dinâmica, da vida em sociedade. Se a questão central do constitucionalismo do final do século XVIII e início do século XIX era legitimar o povo-nação para essa tarefa, podemos dizer que nada mudou desde então. A diferença importante está no fato de que, naquele momento histórico, a aposta no poder legislativo como a função de poder mais hábil e legitimada para representar o povo-nação e desincumbir-se de tal missão não convence mais, ou, pelo menos, não convence a todos mais.

Está-se discutindo, como que em uma encruzilhada, buscando-se compreender e defender, cada um a seu modo, quais seriam os caminhos mais viáveis para as democracias contemporâneas. De certo, não é nos discursos inflamados e monológicos que se encontram as melhores opções, pois as alternativas para uma análise crítica satisfatória sobre o tema do ativismo judicial — contemplando suas vantagens e desvantagens — deve ocorrer de forma equilibrada e dialética, pois todos os pontos de vista merecem igual respeito e consideração.

Para homenagear um dos meus mais próximos interlocutores acadêmicos dos últimos anos — Carlos Ayres Britto — gostaria de propor um deslocamento da questão do ativismo judicial para o ativismo constitucional, a partir de uma afirmação já repetida inúmeras vezes por Ayres Britto: “O ativismo no Brasil é da Constituição e, não, dos juízes!”<sup>72</sup>. Duas perguntas surgem nesse contexto: o que é o ativismo constitucional (ou da Constituição como diz Ayres Britto)? E também o que significa deslocar a reflexão do ativismo judicial para o ativismo constitucional?

O ativismo constitucional é toda ação que tenha como meta realizar a Constituição, ou mais especificamente, é o conjunto de ações, sempre complexo e descentralizado, de fazer valer as normas constitucionais jusfundamentais em todas as práticas de poder, seja pelo administrador público, seja pelo legislador, seja pelo juiz.

O deslocamento de um ativismo judicial para um ativismo constitucional propõe olhar a prática ativista como inerente às funções de poder exercidas há mais de dois séculos no contexto do Estado constitucional. Isso significa enfrentar todos os problemas advindos das práticas judiciais invasoras ou positivas — registrando aqui oposição às práticas judiciais autocontidas e negativas — pelo olhar ideológico intransigentemente comprometido com a dogmática dos direitos fundamentais; pelo olhar teórico de um constitucionalismo forte que se apresenta como alternativa teórica ao positivismo jurídico clássico (final do século XIX e primeira metade do século XX) e, finalmente, pelo olhar metodológico de práticas concretizadoras comprometidas com a máxima eficácia das normas constitucionais jusfundamentais.<sup>73</sup>

Assume-se, portanto, o ativismo judicial como parte integrante e inerente de ativismos legislativos e administrativos necessários para o exercício das competências constitucionalmente distribuídas entre os poderes. Seus limites, seus excessos e suas potencialidades devem ser enfrentados a partir da premissa de que somente os demais órgãos de poder têm poderes, no jogo democrático, para estabelecer os limites e conter eventuais excessos dessa prática que, se monopolizada por qualquer dos interlocutores, apresenta-se inadequada a qualquer versão de constitucionalismo.

Nesse contexto, assume-se, pelo aqui denominado ativismo constitucional, que não se pode evitar as práticas ativistas no Estado constitucional, pois elas são inerentes ao próprio exercício de poder constituo-

72 BRITTO, Carlos Ayres. Separação dos poderes na Constituição brasileira. *Revista de Direito Público*, v. 14, n. 59-60, p. 115-127, jul./dez. 1981.

73 Sobre a visão tripartite de neoconstitucionalismo vide: COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. Trad.: Miguel Carbonell. *Revista Isonomia*, n. 16, p. 89-112, abr. 2002. Disponível em: <[http://www.upf.edu/filosofiadeldret/\\_pdf/comanducci-formas.pdf](http://www.upf.edu/filosofiadeldret/_pdf/comanducci-formas.pdf)>. Acesso em: 6 set. 2014.

nalmente reconhecido pela Constituição. O que se almeja é refletir sobre essas práticas ativistas na realidade constitucional a partir dos dados concretos e evidenciar que fora do devido processo legal (adjetivo e substantivo), fora da concretização das normas constitucionais jusfundamentais e da argumentação justificadora não há caminhos para coibir eventuais abusos e excessos.

Para tentar contribuir com esse debate, vai-se apresentar o ativismo constitucional, como alternativa ao debate do ativismo judicial, a partir de três perspectivas: a da razão ativista (ativismo constitucional ideológico); a da postura ativista (ativismo constitucional teórico); e a da atitude ativista (ativismo constitucional metodológico).

#### 4.1. Ativismo constitucional ideológico: razão ativista

Para considerarmos o ativismo constitucional, sob a perspectiva ideológica, é preciso ter em mente que existe um fundamento racional para considerarmos a Constituição como uma ordem objetiva de valores. Isso também implica assumir que não se trata de uma ordem de valores qualquer, mas de uma ordem de valores jusfundamentais.

Em primeiro lugar, vale lembrar que a doutrina constitucional já não é recente quanto a apontar, no quadro das possíveis teorias dos direitos fundamentais<sup>74</sup>, a teoria da ordem de valores como aquela que pressupõe a vinculação de todo o ordenamento jurídico aos direitos fundamentais.<sup>75</sup> Assim, os direitos fundamentais, vistos a partir dessa teoria, apresentam-se como valores de caráter objetivo a irradiar seus efeitos para todos os campos do saber e do fazer jurídicos, deixando a sua condição clássica de direitos subjetivos ou de meras pretensões subjetivas.

Em segundo lugar, é preciso registrar que concebidos os direitos fundamentais como ordem de valores objetiva, dotada de unidade material e na qual se insere o próprio sistema de pretensões subjetivas, deduz-se que o indivíduo deixa de ser a medida dos seus direitos, pois que os direitos fundamentais reconduzem-se a princípios objetivos através da realização dos quais se alcança uma eficácia ótima dos direitos, sejam eles subjetivos ou não, e se confere um estatuto de proteção aos cidadãos.<sup>76</sup>

Assim, a principal virtude da concepção objetiva dos direitos fundamentais reside no fato de reconhecer às constituições — e as suas normas jusfundamentais — força normativa irradiante para todos os problemas jurídicos, comprometendo tanto a dogmática (no plano analítico, empírico ou hermenêutico<sup>77</sup>) quanto à filosofia constitucionais com a teoria geral dos direitos fundamentais.

No plano ideológico, portanto, o ativismo constitucional seria aquele inevitavelmente comprometido com a concretização dos direitos fundamentais em todos os âmbitos da vida jurídica<sup>78</sup>, exigindo dos ativistas constitucionais (sejam juízes, legisladores, administradores, órgãos auxiliares da Justiça, ativistas da sociedade civil organizada, etc) um discurso justificador de suas ações e decisões estritamente vinculado à tarefa de tornar efetivos esses direitos.

Uma das críticas mais consistentes dirigidas contra a teoria da ordem de valores é a de que a ordem de

74 Para uma visão mais ampla, no bojo da teoria geral dos direitos fundamentais, acerca das teorias dos direitos fundamentais vide meu: *Hermenêutica de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

75 Sobre o efeito irradiante dos direitos fundamentais como uma decorrência da perspectiva objetiva, vide: SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 147.

76 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1397.

77 Sobre o que significa a dogmática constitucional vide meu: Dogmática constitucional: perspectivas da técnica jurídica para estudos e pesquisa em direito constitucional do século XXI. *Revista Direito Público*, Brasília, ano 5, n. 17, p. 85-112, jul/set. 2007.

78 Não há como deixar de registrar aqui a correspondência dessa perspectiva com o efeito irradiante dos direitos fundamentais. Lembro que “Um primeiro desdobramento dessa força jurídica autônoma dos direitos fundamentais diz respeito à sua eficácia irradiante, ou seja, os direitos fundamentais, na sua condição de direitos objetivos, fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, o que aponta para a necessidade de desenvolvimento de uma interpretação conforme os direitos fundamentais, a qual, em grande medida, revela-se semelhante à técnica da interpretação conforme a Constituição.” Vide tópico 3.3 do presente artigo.

valores pode transformar os direitos fundamentais num sistema fechado, separado do resto da Constituição.<sup>79</sup> Seria o reconhecimento de hierarquia entre normas constitucionais originárias, e de uma preferência hierárquica pelos direitos fundamentais em relação às demais normas constitucionais.<sup>80</sup>

Também merece atenção a crítica de Canotilho no sentido de que “a ordem de valores abre o caminho para a interpretação dos direitos fundamentais desembocar numa intuição espiritual, conducente a uma tirania de valores, estática e decisionista.”<sup>81</sup> É a vetusta crítica ao decisionismo e a todas as suas consequências nefastas.

Por fim, há também a crítica apontando para uma possível relativização desses direitos, considerando-se que, por esta visão, tais direitos estão perenemente submetidos a controle interpretativo por meio de uma pauta de valores que pode ser arbitrariamente conformada.<sup>82</sup> A discussão sobre o enfraquecimento dos direitos fundamentais pela possibilidade de sua relativização nos casos concretos já é bastante conhecida e de muitas maneiras enfrentadas. A construção dialética e cooperativa desses direitos pelos mais diversos atores sociais é a única forma que enfrentar o problema da relativização, pois somente o efetivo controle recíproco será capaz de minimizar os efeitos negativos da relativização.

Todas as críticas apontadas são riscos reais do processo de concretização irradiante dos direitos fundamentais, inerentes à percepção de que não há como divorciar o processo de realização desses direitos do elemento volitivo a ele subjacente. A concretização dos direitos fundamentais, bem como o compromisso com esta concretização, dependem da vontade de realização da própria Constituição, bem próximo daquilo que Konrad Hesse chama de ‘vontade de constituição’.<sup>83</sup>

Isso significa que o ativismo constitucional implica, sim, uma decisão ideológica dos intérpretes constitucionais no sentido de firmar compromisso intransigente com os valores constitucionalizados pelo legislador constituinte originário e derivado. E também que a pauta de valores constitucionais jusfundamentais passa a ser, sim, o parâmetro de interpretação de todas as normas do ordenamento jurídico-constitucional, incluindo as próprias normas de direitos fundamentais e, para aqueles que as distinguem, as demais normas constitucionais.

Diante desse contexto, ao invés de negar a relevância das críticas formuladas ou de tentar refutá-las uma a uma, o ativismo constitucional ideológico enfrenta as suas dificuldades assumindo-as como parte do próprio processo de realização das normas jusfundamentais, ou seja, o risco de hierarquização dos direitos fundamentais no plano normativo constitucional; o risco de arbitrariedades e tiranias dos valores no processo de interpretação constitucional; e o risco de relativização insustentável dos direitos fundamentais diante das peculiaridades e pressões do caso concreto, dentre outros, são os limites reflexivos da prática constitucional ativista, no seu sentido ideológico.

Tais riscos alertam para as armadilhas de que as práticas ativistas podem submeter seus agentes, de modo que o ativismo constitucional, no plano ideológico, presume visão crítico-reflexiva como premissa inafastável da razão jusfundamentadora. Em outras palavras, o ativismo constitucional ideológico constitui a própria razão que justifica a postura ativista (ativismo constitucional teórico) e também a atitude ativista (ativismo constitucional metodológico). É sobre essas postura e atitude ativistas constitucionais que tratam os tópicos subsequentes.

79 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1397.

80 Aqui poderia abrir uma vetusta discussão sobre a hierarquia entre normas constitucionais originárias. Não há espaço teórico – nem editorial – para tal controvérsia no presente artigo, de modo que vou me limitar a afirmar que no Brasil a tese da hierarquia não foi acolhida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Assim, não há que se falar em hierarquia, mas em alguma diferenciação funcional, ou seja, compreensões que diferenciam as normas-regras constitucionais das normas-princípios constitucionais. Acho, pessoalmente, que todas as diferenciações e classificações, nesse contexto, não contribuem para o cerne do debate constitucional, preferindo assumir a controversa premissa de que todas as normas constitucionais são jusfundamentais, e, por isso, irradiam seus efeitos por todo o ordenamento jurídico.

81 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1397.

82 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1397.

83 Vide HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998.

## 4.2. Ativismo constitucional teórico: postura ativista

Talvez o aspecto mais significativo do ativismo constitucional seja o teórico. A postura ativista tem conduzido a muitas reflexões, especialmente diante do embate que atualmente se apresenta em evidência entre o constitucionalismo clássico (Estado de direito) e o chamado neoconstitucionalismo (Estado constitucional).<sup>84</sup> Em verdade, tal embate, no plano teórico, representa uma primeira tentativa de proporções realmente relevantes de superação da dicotomia teórica juspositivismo/jusnaturalismo.

Muitos autores brasileiros e estrangeiros, desde os últimos anos do século XX, mas principalmente nestes primeiros anos do século XXI, têm dedicado suas reflexões acadêmicas ao chamado neoconstitucionalismo.<sup>85</sup> O neoconstitucionalismo apresenta-se, na visão do professor Luís Roberto Barroso, como consequência da superação histórica do jusnaturalismo e do fracasso político do positivismo.<sup>86</sup> Por tal fenômeno pode-se entender:

a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana.<sup>87</sup>

Na verdade, como já afirmei outras vezes, o neoconstitucionalismo não propõe rompimento com o constitucionalismo, mas uma releitura de suas propostas fundamentais, a partir de um novo paradigma o qual põe em destaque o sujeito (perspectiva humanista) como elemento central de toda a reflexão científica. Nesse contexto, o ser humano passa a ser o eixo de todas as discussões, o que no direito é evidenciado pelo próprio tratamento que se deu aos direitos civis, aos direitos fundamentais e aos direitos humanos, a partir da segunda guerra mundial (segunda metade do Século XX).

A questão inicial que se coloca neste contexto de reflexão é qual a relação entre dignidade da pessoa humana e ativismo constitucional fundado na razão jusfundamental? A dignidade humana apela a uma referência cultural e social múltipla e plural, recolhida pragmaticamente de sugestões filosóficas e doutrinárias de diferentes esferas, com diferentes causas e consequências.<sup>88</sup> Não pode ser desconsiderada como métrica hermenêutica do intérprete e concretizador de direitos fundamentais.

Diante dessa lógica, o direito constitucional ganha nova centralidade normativa, abandonando o paradigma constitucional inauguralmente consolidado para reconhecer-se como um direito constitucional dos direitos fundamentais. E mesmo aqueles que assumem a posição de reconhecer ao direito constitucional uma qualidade destacada de direito individualizador dos princípios estruturantes e conformadores da ordem jurídica, tem o ônus colocar-se em diálogo com as pressões da teoria crítica contra o normativismo constitucional fundamentador.<sup>89</sup>

O que ainda parecem intactos e incandescentes são problemas constitucionais mais típicos relacionados à concretização, sempre tensa e complexa, dos direitos fundamentais, de modo que sempre haverá algum espaço para a teoria e a pragmática dos direitos fundamentais nessa seara. Talvez seja por estarem aten-

84 Como uma obra que retrata de forma séria e fiel o referido embate recomendo leitura: GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de direito. São Paulo: Saraiva, 2014.

85 Um dos melhores trabalhos compilatórios acerca do que já se produziu em torno da temática é o de: MÖLLER, Max. Teoria geral do neoconstitucionalismo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

86 Barroso, Luís Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: Rúbio, David S.; Flores, Joaquín H.; Carvalho, Salo de (Org.). *Direitos humanos e globalização*: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 300.

87 Barroso, Luís Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: Rúbio, David S.; Flores, Joaquín H.; Carvalho, Salo de (Org.). *Direitos humanos e globalização*: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 300.

88 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade*: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 180-181.

89 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade*: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 186.



tos, ainda que sob um outro viés, a essa realidade é que já se apresenta há mais de três décadas, como um lugar-comum na Alemanha, que autores como Peter Häberle<sup>90</sup> e Martin Kriele<sup>91</sup> preferam a expressão Estado constitucional a Estado de direito, assim como na Itália, Grã-Bretanha e Espanha, também se busque compreender o novo significado da expressão ‘Estado constitucional’ democrático<sup>92</sup>, como aquele que tem compromisso evidente com a concretização dos direitos fundamentais.

Não se pretende desconstruir o paradigma oitocentista de direito constitucional por meio da invocação do princípio da dignidade da pessoa humana, mas chamar a atenção para a vinculação inafastável e os efeitos indelévels que a presença deste princípio provoca no Estado constitucional comprometido com os direitos fundamentais, o qual tenho chamado de Estado de direitos fundamentais. Muito embora conheça a ampla e respeitável crítica que se faz ao uso (e abuso) da invocação do princípio da dignidade humana como fundamento jurídico-constitucional normogenético para reconhecer os mais diversos direitos fundamentais, isso não pode significar a negação de sua existência e importância nos ordenamentos jurídico-constitucionais hodiernos.

O que tem assombrado os constitucionalistas e críticos do princípio da dignidade humana pode ter mais vinculação com o receio quanto aos riscos do ativismo judicial — e consequentemente o poder que se acabou por conceder ao poder judiciário de reconhecer e até de criar direitos fundamentais — do que com a concretização do princípio em si. Ao propor um giro na reflexão sobre ativismo judicial para uma reflexão sobre ativismo constitucional, pretende-se evitar os excessos da maléfica concentração de poder na figura dos juízes.

Acredito que as práticas constitucionais influenciadas pelos efeitos irradiantes, dirigente e horizontal do princípio da dignidade da pessoa humana não são contestadas em virtude do princípio em si, ou da qualidade das normas dele derivadas — sejam elas de direitos fundamentais ou não — mas da insegurança e complexidade de um sistema de direitos que se reproduz desordenadamente. E o pior, que se reproduz em sentenças de juízes que não são aprioristicamente legitimados para tal tarefa, nem se preocupam com a legitimação discursiva da empreitada que estão assumindo.

Porém, o ativismo constitucional, no plano teórico, dá suporte ao antídoto para esse problema, pois diferentemente das correntes realistas, o neoconstitucionalismo, não supera o aspecto normativo do positivismo, porque com ele compartilha a premissa de que direito é norma (premissa básica do raciocínio de Hans Kelsen). Nem o juiz, nem o administrador, nem mesmo o legislador pode afastar-se dos comandos normativos básicos (e aqui, por óbvio, estamos a falar da Constituição como norma suprema) sem o crivo do devido processo legal substantivo.

Assim, o ativismo constitucional teórico, fundado nesse pressuposto humanista, propõe alternativas para algumas dificuldades enfrentadas pelo positivismo, mas sem negar-lhe o pressuposto básico do devido processo legal: i) direito é norma, porém não mais apenas a norma fechada cuja aplicação ocorre na metodologia do tudo ou nada (teoria das regras), mas também a norma aberta, ou seja, aquela que admite metodologias de ponderação e escolhas (teoria dos princípios); ii) direito é norma que se fundamenta na dignidade da pessoa humana, de modo que o devido processo legal, sustentáculo de todo o edifício juspositivista, ganha preeminência na sua versão substantiva, ou seja, toda aplicação da norma passa pelo crivo metodológico da proporcionalidade/razoabilidade; iii) por fim, direito é norma, mas tal norma não é somente aquela que provém do processo legislativo típico (de autoria exclusiva do legislador), mas normas que também são pro-

90 Häberle, Peter. *El estado constitucional*. Trad.: Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

91 KRIELE, Martin. *Introducción a la teoría del Estado: fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*. Trad.: Eugenio Bulygin. Buenos Aires: Depalma, 1980.

92 Na oportunidade, Pérez Luño alude aos autores italianos Antonio Baldassare, Stéfano Rodotà e Gustavo Zagrebelsky, os espanhóis Aguiar de Luque, De Agapito, Nieto e Sánchez Ferriz e os colombianos García Pascual, Pena Freire, Rubio Llorente e Manuel García Pelayo, que se atêm ao debate do novo significado da expressão “Estado constitucional”. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 58-59.

venientes de outras decisões de poder, tais como do Judiciário e do Executivo.

Assim, não há como negar o fato de que há mudanças substanciais em curso e em consolidação. Entretanto, é preciso discordar dos argumentos alarmistas de que as rupturas são tão radicais quanto inconciliáveis com a premissa central juspositivista, qual seja, a de que o objeto do direito é a norma jurídica. O que tem ocorrido, e nisso reside toda a diferença, é que ao ressignificar a própria concepção de norma jurídica, bem como a sua metodologia de aplicação, revelam-se as novidades mais evidentes.

Neoconstitucionalismo, a partir das considerações até aqui feitas, sim, pode ser apresentado como um novo paradigma para o jurista, dando sustentação ao ativismo constitucional no plano teórico. Porém, é preciso deixar claro que a novidade não reside no rompimento com a teoria normativa do direito e da Constituição, mas no deslocamento da teoria da norma como regra para a teoria da norma como princípio.<sup>93</sup> Esse é o ponto central e mais importante da novidade teórica.

Como reflexos mais específicos dessa novidade para a seara do direito constitucional, podem ser enunciados: i) o deslocamento da teoria dos direitos fundamentais como direitos subjetivos para a da teoria dos direitos fundamentais como ordem objetiva de valores constitucionais; e ii) o deslocamento da centralidade normativa exclusiva da figura do legislador para uma descentralização da produção normativa também para os demais órgãos que exercem função de poder (como o Judiciário e o Executivo) e até por atores não estatais ou quase estatais com influência política em seus âmbitos (como entidades e organizações nacionais e internacionais).

Assim, a postura ativista constitucional, no plano teórico, pode ser equiparada à postura que tem sido chamada de neoconstitucionalista, muito embora seja preciso reconhecer que ainda há uma grande confusão semântica no vocábulo neoconstitucionalista<sup>94</sup>, o que, em certa medida, enfraquece a própria equiparação aqui sugerida.

De todo modo, em resumo, diga-se do ativismo constitucional teórico que é aquela postura do jurista comprometido com a teoria normativa dos princípios, por ser a mais adequada para a concretização dos direitos fundamentais; com a perspectiva irradiante, dirigente e horizontal das normas constitucionais jusfundamentais, reconhecendo que além de direitos subjetivos os direitos fundamentais também compõem uma ordem objetiva de valores; e, por fim, com a dinâmica e interdependente função concretizadora das normas constitucionais, o que importa reconhecer que nenhuma das funções de poder é intérprete solipsista dos direitos fundamentais, devendo todos eles atuarem, em suas respectivas competências constitucionais, para a máxima efetividade da Constituição e seus preceitos.

#### 4.3. Ativismo constitucional metodológico: atitude ativista

O ativismo constitucional, no plano metodológico, implica uma atitude ativista cujas ações e procedimentos metódicos conduzam sempre à concretização de direitos fundamentais. É a hermenêutica específica dos direitos fundamentais, a qual pressupõe um raciocínio metódico irremediavelmente vinculado ao devido processo legal substantivo, ou seja, ao que se convencionou chamar de princípios da proporcionalidade ou razoabilidade.

Toda concretização de direitos fundamentais implica um raciocínio metódico que envolve, em alguma medida, restrições, concorrências ou colisões desses direitos.<sup>95</sup> A afirmação de que não há direitos funda-

93 Sobre este deslocamento tratei em: SILVA, Christine Oliveira Peter da; GONTIJO, André Pires. Interpretação constitucional à luz da comunidade de princípios. In: \_\_\_\_\_. (Org.). *Estudos constitucionais*. Brasília: UniCEUB, 2014. p. 1-22.

94 As principais críticas dirigidas ao neoconstitucionalismo devem-se à confusão semântica sobre os seus pressupostos. Por todos vide: STRECK, Lenio Luiz. Contra o neoconstitucionalismo. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n. 4, p. 9-27, jan/jun. 2011.

95 Sobre uma abordagem detalhada sobre as metódicas de colisão, concorrência e restrição de direitos fundamentais, vide: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1268-1284.

mentais absolutos decorre exatamente da dinâmica de sua concretização, uma vez que no amplo universo desses direitos apresenta-se inevitável o confronto dos âmbitos de proteção de diversos direitos, sejam de um mesmo titular (concorrência), sejam de titulares diferentes (colisão), o que irá desembocar em uma ou mais práticas de restrição.

A concorrência de direitos fundamentais ocorre quando um comportamento de um mesmo sujeito de direitos fundamentais preenche os pressupostos de fato de vários direitos fundamentais. Existem várias formas de concorrência. A primeira delas ocorre quando se configura um cruzamento de direitos fundamentais, ou seja, o mesmo comportamento de um titular é incluído no âmbito de proteção de vários direitos fundamentais. Outra forma de concorrência verifica-se com a acumulação de direitos: aqui não é um comportamento que pode ser subsumido no âmbito de vários direitos que se entrecruzam entre si, mas, sim, um determinado bem jurídico a qual leva à acumulação, na mesma pessoa, de vários direitos fundamentais.<sup>96</sup> Canotilho afirma que:

[...]o problema da concorrência de direitos oferece dificuldades quando os vários direitos concorrentes estão sujeitos a limites divergentes, devendo determinar-se qual, dentre os vários direitos, assume relevo decisivo.<sup>97</sup>

Já a colisão de direitos fundamentais ocorre quando o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular, sendo neste caso considerada uma colisão autêntica. Por outro lado, há uma colisão imprópria de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental colide com outros bens constitucionalmente protegidos. O professor José Carlos Vieira de Andrade, tratando das colisões de direitos fundamentais, ensina que haverá colisão sempre que se deva entender que a Constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição concreta, ou seja, sempre que a esfera de proteção de um determinado direito for constitucionalmente protegida de modo a intersectar a esfera de outro direito igualmente fundamental e constitucional.<sup>98</sup>

Dentre as formas de solução para as colisões de direitos fundamentais, há duas mais comuns: o estabelecimento de uma hierarquia interna entre as normas de direitos fundamentais, mediante a declaração da norma mais importante que deve prevalecer; ou, a mais aceita e adequada pela observância do princípio da unidade da Constituição, o juízo de ponderação de valores para restringir-se um direito fundamental em favor do outro diante do caso concreto.

Considerando-se que, no Brasil, não vingou a tese da hierarquia entre normas constitucionais<sup>99</sup>, não há como afastar-se metodologicamente do juízo de ponderação como meio de tornar concretos os comandos jusfundamentais. Há controvérsias doutrinárias e críticas ao método de ponderação<sup>100</sup> como atitude metodológica adequada para a concretização de direitos fundamentais, porém, continua sendo essa técnica a que mais se recorre quando direitos fundamentais estão em colisão ou concorrência, sendo necessária a restrição do âmbito de proteção de um ou mais direitos envolvidos.

A atitude ativista, nesse âmbito, implica um ônus argumentativo para justificar as ações e decisões a serem tomadas, pois sempre que se está diante da necessidade de reconhecimento da prevalência de um direito fundamental em detrimento de outro, é preciso construir um discurso fundamentado e convincente sobre a decisão tomada, não sendo possível assumir a premissa falaciosa de que somente argumentos jurídicos (e irrefutáveis) estarão em jogo.

96 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1268-1269.

97 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1269.

98 ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 220.

99 Quem se interessar pela doutrina correspondente, vide: BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais*. Coimbra: Almedina, 2008.

100 Para uma visão crítica com base na doutrina procedimentalista, por todos vide: BARBOSA, Leonardo A. de Andrade. Notas sobre colisão de direitos fundamentais e argumentação jurídica: um diálogo entre Robert Alexy e Klaus Günther. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 13, n. 2, jul./dez. 2008.

Por mais que essa atitude seja complicada do ponto de vista da legitimidade do sujeito-concretizador das normas constitucionais jusfundamentais, é fato inegável que o discurso justificador assume, pela utilização da técnica de ponderação, premissas fáticas exclusivamente vinculadas ao caso concreto e às suas circunstâncias. Dessa construção é que nascem os precedentes constitucionais.

Por essa razão, a conclusão a que se chega, no contexto do ativismo constitucional sob o prisma metodológico, é que a concretização de direitos fundamentais implica o reconhecimento de uma ponte entre as esferas do direito e da moral. Não se trata da colonização de uma esfera pela outra, mas de uma interação dinâmica e transparente dos argumentos que compõem a justificação de preferência de um aspecto do âmbito de proteção de um direito fundamental em detrimento do igualmente relevante aspecto do âmbito de proteção do outro direito fundamental desprestigiado.

Os limites das restrições impostas serão sempre confrontados com o parâmetro do devido processo legal substantivo, ou seja, pela proporcionalidade — e seus subcritérios da adequação, necessidade ou proporcionalidade em sentido estrito — ou pela razoabilidade — e seus subcritérios de equidade, congruência e equivalência.<sup>101</sup> Trata-se de uma metódica complexa, não há como negar, porém o exercício cotidiano do jurista comprometido com os direitos fundamentais torna a sua atitude inclinada às ações e procedimentos necessários para o seu exercício.<sup>102</sup>

Essa é uma mudança significativa de atitude para o jurista comprometido com a dogmática constitucional, especialmente com a dogmática dos direitos fundamentais, tendo como principal consequência, no plano da linguagem, o deslocamento da discussão da tradicional dicotomia metódica sintática *versus* semântica, para uma metódica pragmática — no sentido que o termo é usado na linguística/semiótica — prenhe de complexidade e problemas. Isso quer dizer que não há como fugir, no âmbito da pedagogia constitucional, de um espaço necessariamente a ser ocupado com a metódica de aplicação e racionalização do processo de concretização dos direitos fundamentais, sob a perspectiva da compreensão (hermenêutica) e da comunicação/linguagem (argumentação).

Isso porque a atitude ativista constitucional, nesse contexto, não pode assumir conotação de ação arbitrária e monológica, nem pode pressupor suas próprias razões. As razões devem ser sempre apresentadas e reapresentadas, detalhadas e minuciosamente compostas, pois o discurso justificador da técnica de ponderação deve ter como objetivo uma quanto maior possível transparência das premissas envolvidas, sob pena de converter-se em um ativismo constitucional arbitrário e nefasto, o que, por óbvio, não se sustenta.

## 5. CONCLUSÃO

O tema do ativismo judicial, se considerado a partir do paradigma do Estado de direitos fundamentais, não pode reproduzir as críticas e perplexidades que a doutrina clássica do Estado de direito vem fazendo aos magistrados constitucionais brasileiros. Isso porque os problemas decorrentes do ativismo judicial devem ser recolocados na pauta dos juristas em confronto com a realidade que se descortina para as sociedades do século XXI.

Assim, ao invés de focar no ativismo protagonizado somente por juízes, propõe-se reflexão sobre os ativismos também protagonizados por outros interlocutores do poder. Não pode haver monopólio do executivo (Estado de direito executivo), nem do legislativo (Estado de direito legislativo), nem muito me-

101 Sobre esta classificação, por todos vide: ÁVILA, Humberto Bergman. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

102 Uma proposta que se aproxima daquilo que considero uma postura adequada acerca da aplicação da proporcionalidade como decorrência da dogmática dos direitos fundamentais pode ser encontrada em: SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, n. 798, p. 23-50, 2002.

nos do judiciário (Estado de direito judiciário) quanto à concretização da Constituição, especialmente de suas normas jusfundamentais, de forma que a razão, a postura e a atitude ativistas também não podem ser exclusivas do juiz.

No Estado de direitos fundamentais, diz-se que a tarefa de concretizar a Constituição busca um sentido substancial das normas constitucionais jusfundamentais, o que implica assumir que a mediação concretizadora da Constituição necessariamente há que ser uma tarefa compartilhada entre todos os órgãos de poder (funções executiva, legislativa e judiciária) e também entre estes e a sociedade civil organizada.

Assim, os deslocamentos ideológico, teórico e metodológico propostos neste trabalho supõem que as interações, cooperativas ou conflituais, entre as funções de poder do Estado e também entre aquelas e as da sociedade civil organizada devem ser avaliadas e controladas reciprocamente envolvendo ativismo constitucional de todas as funções públicas em direção à realização da máxima eficácia das normas constitucionais jusfundamentais.

O parâmetro para esta avaliação e controle será a própria dogmática dos direitos fundamentais, com sua indissociável vinculação à proporcionalidade — devido processo legal substantivo — como decorrência de uma visão substantiva da Constituição, o que implica desdobramentos ideológicos, teóricos e metodológicos para a realização dinâmica das normas constitucionais jusfundamentais.

Assim, como uma das principais conclusões do presente trabalho, tem-se que o ativismo judicial apresenta-se como parte integrante e inerente de outros ativismos constitucionais — como o legislativo e administrativo, por exemplo — os quais são imprescindíveis, em seu conjunto e nas suas tensões, para o exercício das competências constitucionalmente distribuídas.

E, por fim, diga-se que eventuais limites, excessos e potencialidades do ativismo judicial devem ser enfrentados a partir da premissa de que somente os demais órgãos de poder têm força, no jogo democrático, para estabelecer os limites e conter eventuais abusos cometidos em nome dessa prática que, se monopolizada por qualquer um dos interlocutores, apresenta-se inadequada a qualquer versão de constitucionalismo.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.
- ÁVILA, Humberto Bergman. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais*. Coimbra: Almedina, 2008.
- BARBOSA, Leonardo A. de Andrade. Notas sobre colisão de direitos fundamentais e argumentação jurídica: um diálogo entre Robert Alexy e Klaus Günther. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 13, n. 2, jul./dez. 2008.
- BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <[http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685\\_Cached.pdf](http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf)>. Acesso em: 25 ago. 2014.
- BARROSO, Luis Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: Rúbio, David S.; Flores, Joaquín H.; Carvalho, Salo de (Org.) *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 300.
- BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- BRITTO, Carlos Ayres. Separação dos poderes na Constituição brasileira. *Revista de Direito Público*, v. 14, n.



59-60, p. 115-127, jul./dez. 1981.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense/Gen, 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

Cappelletti, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1993.

COELHO, Inocêncio Martires. *Ativismo judicial ou criação judicial do Direito?* Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-ou-criacao-judicial-do-direito>>. Acesso em: 6 set. 2014.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un analisis metateórico. Trad. Miguel Carbo-nell. *Revista Isonomia*, n. 16, p. 89-112, abr. 2002. Disponível em: <[http://www.upf.edu/filosofiadeldret/\\_pdf/comanducci-formas.pdf](http://www.upf.edu/filosofiadeldret/_pdf/comanducci-formas.pdf)>. Acesso em: 6 set. 2014.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de direito*. São Paulo: Saraiva, 2014.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Estado democrático de direito como Estado de direitos fundamentais com múltiplas dimensões*. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/300807.pdf>>. Acesso em: 1 set. 2014.

Häberle, Peter. *El estado constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

HABERLE, Peter. Entrevista a Juliano Basile. *Valor Econômico*, Suplemento Eu & Fim de Semana, 22 nov. 2008. apud *Revista Eletrônica Conj. Jur.* Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-nov-22/teses\\_ale-mao\\_peter\\_haberle\\_influenciam\\_supremo](http://www.conjur.com.br/2008-nov-22/teses_ale-mao_peter_haberle_influenciam_supremo)>. Acesso em: 15 nov. 2011.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1998.

KRIELE, Martin. *Introducción a la teoría del Estado: fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*. Trad. Eugenio Bulygin. Buenos Aires: Depalma, 1980.

KUHN, Thomas. *Estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 10. ed. São Paulo: Perspectiva, 2010.

MENDONÇA, Eduardo. A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo. *Revista de Direito Uerj*. Disponível em: <<http://www.revistadireito.uerj.br/artigos/Aconstitucionalizacaodapoliticaentreoin-evitaveleoexcessivo.pdf>>. Acesso em: 8 set. 2014.

MÖLLER, Max. *Teoria geral do neoconstitucionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; TAVARES, Andre Ramos (Org.). *Lições de direito constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos*. São Paulo: Saraiva, 2005.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

Rubio, David Sanches; FLORES, Joaquim Herrera; Carvalho, Salo de (Org.) *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

SALDANHA, Nelson. *Formação da teoria constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SILVA, Christine O. Peter da; CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales (Org.). *Controle de constitucionalidade e direitos fundamentais*: estudos em homenagem a Gilmar Ferreira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, Christine O. Peter da. Dogmática constitucional: perspectivas da técnica jurídica para estudos e pesquisa em direito constitucional do século XXI. *Revista Direito Público*, Brasília, ano 5, n. 17, p. 85-112, jul/set. 2007.

SILVA, Christine O. Peter da. *Hermenêutica de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

SILVA, Christine O. Peter da. *Transjusfundamentalidade*: diálogos transnacionais sobre direitos fundamentais. Curitiba: CRV, 2014.

SILVA, Christine O. Peter da; GONTIJO, André Pires. Interpretação constitucional à luz da comunidade de princípios. In: SILVA, Christine O. Peter da; GONTIJO, André Pires. (Org.). *Estudos constitucionais*. Brasília: UniCEUB, 2014. p. 1-22.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, n. 798, p. 23-50, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. Contra o neoconstitucionalismo. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n. 4, p. 9-27, jan/jun. 2011.

VALE, Andre Rufino. *50 anos do caso Luth*. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cienciajuridica/article/viewFile/724/505>>. Acesso em: 6 set. 2014.

VILE, M. J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico [www.rbpp.uniceub.br](http://www.rbpp.uniceub.br)  
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.